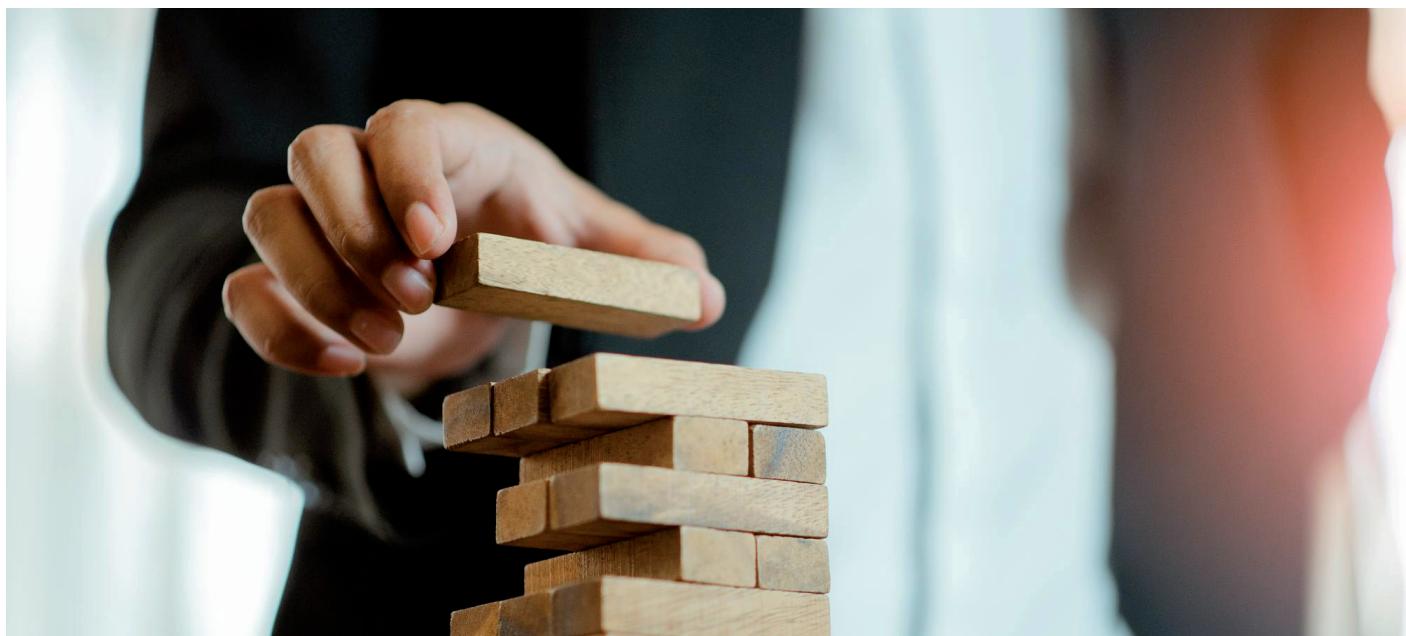


Estudios doctrinales

Algunas cuestiones de interés notarial en la nueva regulación sobre modificaciones estructurales

RICARDO CABANAS TREJO

Notario de Fuenlabrada (Madrid)



Sumario: 1. ANTECEDENTES. 2. NUEVA ESTRUCTURA. 3. ÁMBITO SUBJETIVO. 4. PREPARACIÓN. 5. DIFUSIÓN. 6. APROBACIÓN. 7. ACUERDO UNÁNIME. 8. PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS. 9. PROTECCIÓN DE LOS ACREDITADORES. 10. ESCRITURA E INSCRIPCIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Este artículo analiza la reforma de la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles introducida por el RDL 5/2023, destacando cómo su transposición de la Directiva de Movilidad europea no se ha limitado a un mero cumplimiento técnico, sino que ha constituido una profunda revisión del marco normativo. La nueva regulación sistematiza las modificaciones estructurales distinguiendo entre operaciones domésticas y transfronterizas, incorporando procedimientos escalonados y homogeneizando exigencias procedimentales, aunque en ocasiones sobrecargando las operaciones internas con requisitos pensados para las transfronterizas. Se detalla el procedimiento común, desde la preparación documental hasta la inscripción, subrayando la protección de socios y acreedores mediante nuevos mecanismos—como el derecho a enajenar ya obtener garantías adecuadas—y la importancia de la publicidad y comunicación de los documentos preparatorios. La normativa mantiene un marcado carácter constitutivo para la inscripción y pone énfasis en la interconexión entre transformación, fusión y escisión, requiriendo una interpretación conjunta para salvar derechos de socios y acreedores.

Palabras clave: estructuras modificacionales, transfronterizo, transformación, fusión, escisión, protección de socios, garantías de acreedores, inscripción registral.

Abstract: This article analyzes the reform of the Law on Structural Modifications of Commercial Companies introduced by RDL 5/2023, highlighting how its transposition of the European Mobility Directive has not been limited to mere technical compliance, but has constituted a profound revision of the regulatory framework. The new regulation systematizes structural modifications by distinguishing between domestic and cross-border transactions, incorporating staggered procedures and standardizing procedural requirements, although sometimes overburdening internal transactions with requirements designed for cross-border transactions. The common procedure is detailed, from document preparation to registration, emphasizing the protection of partners and creditors through new mechanisms—such as the right to dispose of and obtain adequate guarantees—and the importance of publicity and communication of preparatory documents. The regulations maintain a marked constitutive nature for registration and emphasize the interconnection between transformation, merger, and spin-off, requiring a joint interpretation to safeguard the rights of partners and creditors.



Keywords: modification structures, cross-border, transformation, merger, spin-off, partner protection, creditor guarantees, registry registration.

1. Antecedentes

En principio, con la reforma de la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles —LME— de 2009 por el RDL 5/2023, de 28 de junio —RDL—, por el que se adoptan medidas de transposición de Directivas de la Unión Europea, entre otras, en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, se trataba de transponer la Directiva 2019/2121, de 27 de diciembre, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, también conocida como Directiva de Movilidad —DM—. Recordemos que ésta se limita a la actualización del régimen de la Fusión Transfronteriza —FT— y a regular dos nuevas figuras, la Transformación Transfronteriza —TT—, en rigor un traslado de domicilio social al territorio de otro EM, y la Escisión Transfronteriza —ET— donde la beneficiaria es una sociedad de nueva creación, pues se consideró que la escisión a favor de sociedad ya existente resultaba demasiado compleja para emprender por ahora su armonización. Esto no significa que esas operaciones antes no fueran posibles, o que sigan sin serlo las ahora no reguladas, sólo que no podrán beneficiarse de un régimen armonizado en el ámbito de la Unión Europea —UE—.

Recordemos que este régimen transfronterizo se caracteriza por la rígida compartimentación de sus instancias de control en los Estados Miembros —EEMM— que intervienen, de forma que cada autoridad nacional verifica la fase del procedimiento que le corresponde, facilitando la tarea de la autoridad que interviene en la siguiente fase, por medio del llamado certificado previo, de modo que esa autoridad no debe entrar —*rectius*, no puede entrar— en un control según el derecho extranjero. De no acotarse las funciones de ese forma tan rígida, en nuestro caso el Registro Mercantil —RM— español habría de valorar la aplicación del derecho sustantivo

extranjero en todo aquello que se refiere a la válida adopción del acuerdo. Digamos que con el certificado previo el derecho extranjero ya le viene aplicado al RM del EM de destino.

Se rompe con ello la tradición de la LSA/ LME de regular por separado y de forma completa las distintas MMEE típicas

De todos modos, esas operaciones no armonizadas también quedan amparadas por el principio de libertad de establecimiento, así que los inconvenientes que ponga para ellas un EM han de respetar el principio de proporcionalidad. Quizá por eso el RDL se ha mostrado muy generoso, no sólo con esas operaciones intraeuropeas, también en general para todas las MMEE extraeuropeas, que quiere facilitar con la admisión en España de documentos equivalentes al certificado previo, idóneos para acreditar la legalidad de la operación según el derecho extranjero, descargando con ello al RM de nuestro país de tener que acometer por sí mismo esa comprobación. El problema será determinar cuándo estamos realmente ante un documento equivalente.

Sin embargo, con este RDL se ha repetido una historia que ya nos era conocida. La LME de 2009 básicamente debía hacer lo mismo con la décima Directiva de FT (pues la incorporación de la tercera y la sexta Directivas sobre fusión/escisión ya se había hecho con la gran reforma de la LSA de 1989), pero acabó siendo una reforma de mucho mayor calado, por afectar a todas las sociedades mercantiles, e indirectamente también a la Sociedad Civil —SCi— y a la Sociedad Cooperativa —SCop—, estableciendo un régimen completo y general para todas sus MMEE, con clara incorporación a las operaciones nacionales de normas pensadas para la FT.

Pues bien, lo mismo ha ocurrido ahora, ya que el RDL no se ha limitado a la transposición de la DM, sino que ha optado por una reforma más profunda. Tanto es así que la LME ha sido reemplazada en su conjunto por una nueva regulación, que ya no puede identificarse —al menos de nombre— como tal LME, sino como el Libro primero de un RDL, de título interminable.

Afortunadamente, al integrar el libro primero la numeración de sus artículos no se ha desviado mucho de la que era propia de la LME. Incluso, la de sus Disposiciones Adicionales —DDAA—, que siguen siendo la primera y la segunda en el RDL. Recordemos que la DA segunda es la que exige la previa inscripción de cualquier sociedad mercantil que tome parte en una ME y, en general, de las sociedades irregulares. Pero la inscripción de la SCi es voluntaria, así que no se la puede tildar de irregular por el hecho de estar al margen del RM. Por tanto, una SCi no inscrita podrá transformarse en sociedad mercantil, del mismo modo que el movimiento puede ser al revés, con cancelación entonces en el RM, a pesar de que el RDL no ha cambiado la relación de supuestos de la LME, donde esta posibilidad no se mencionaba, pero se admitió por la DGSJFP.

2. Nueva estructura

Destaco dos características generales de la nueva regulación. Desde un punto de vista sistemático compacta la normativa mediante una regulación escalonada que, sobre la base de distinguir dos grandes bloques en función del elemento espacial (las operaciones domésticas y las transfronterizas), establece un amplio conjunto de disposiciones generales aplicables a todas ellas, en su caso con otras acotadas al sub-bloque transfronterizo, con singularidades que después se especifican y desarrollan para cada una. Se rompe con ello la tradición de la LSA/LME de regular por separado y de forma completa las distintas MMEE típicas, sin perjuicio de las remisiones entre ellas (en especial, de la escisión a la fusión). Esto obliga a un ir de aquí para allí con la mirada para saber qué

exigencias se aplican en cada caso, empezando por las disposiciones comunes, pasando después a las de la ME que corresponda (y la remisión que subsiste de la escisión a la fusión), y en el caso de las transfronterizas con un nuevo doble escalón, primero las disposiciones comunes a todas ellas, después las propias de cada figura.

Desde un punto de vista más sustantivo, homogeneiza la normativa mediante extender a las operaciones de ámbito doméstico buena parte de las soluciones que era necesario incorporar para las transfronterizas intra-europeas. Con ello ha venido a complicar un poco el procedimiento de las MMEE internas. Paradójicamente, el *leit motiv* es justo el contrario, que las operaciones domésticas no queden sujetas a requisitos más rigurosos que las transfronterizas, lo cual indudablemente es cierto en relación con los mecanismos de protección de socios y de acreedores. Pero no tanto con las cuestiones de procedimiento, pues se han sobrecargado las operaciones internas con exigencias que sólo venían impuestas para las transfronterizas intra-europeas armonizadas, y que resultan en ocasiones excesivas para las nacionales, especialmente en el caso de la transformación. Incluso, en un punto muy concreto la equiparación puede tener efectos colaterales inesperados. Me refiero a la imposibilidad de

declarar la nulidad de una ME después de inscrita, cuya incidencia en nuestra práctica judicial y registral sin duda será sea notable.

Fuera de esto no se puede decir que estemos ante una regulación de nueva planta. Se conserva mucho de la LME, incluso, algunas disposiciones que, en su literalidad, han quedado fuera de lugar y pierden todo su sentido con la nueva ordenación sistemática. También, algunos de sus silencios, pues se ha perdido la oportunidad de aclarar, al menos de forma inequívoca y en la sede adecuada, ciertas dudas que la falta de coordinación entre el RRM y la LME generaba en el pasado.

De todos modos, algunas de esas normas que reproducen el contenido de la previa LME, también tendrán que interpretarse de otro modo por razón de los cambios introducidos, sobre todo en lo que hace al desaparecido derecho de oposición de los acreedores. A esto se debe sumar que la normativa recién estrenada sigue coexistiendo con otra regulación complementaria que ha quedado claramente desconectada de las nuevas exigencias. El ejemplo más claro es el Reglamento del Registro Mercantil —RRM—, que ni siquiera venía coordinado con la LME, pues sigue referido a la LSA, pero mucho menos lo estará con el RDL. La situación resulta especialmente irritante, porque para determinar el alcance de

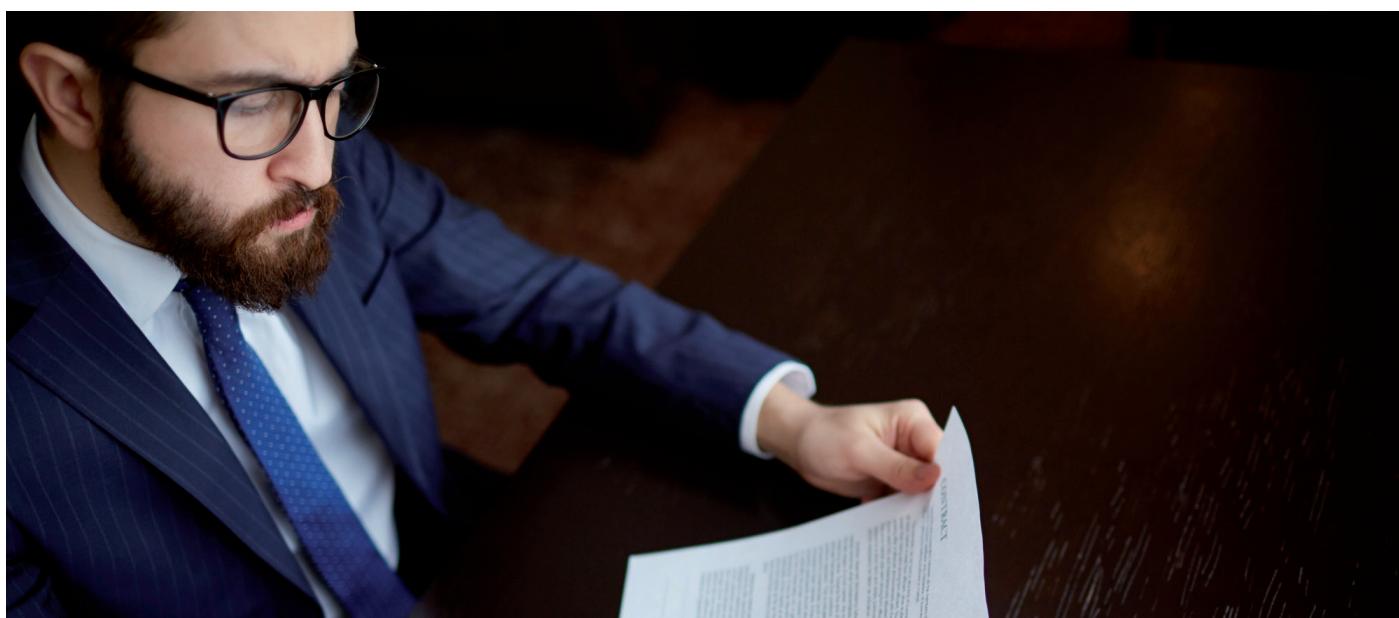
alguna exigencia reglamentaria habrá que agenciar una LSA, ya que la remisión se hace todavía a sus artículos. También con la legislación laboral por las obligaciones de información frente a los trabajadores o sus representantes, donde se sigue hablando de la LSA, y de una época en que la convocatoria de la JG de una SA sólo podía ser pública mediante anuncios, con el agravante de que algunas de esas obligaciones se han configurado ahora como propiamente societarias, y por esa vía con capacidad para incidir en el despliegue de la operación para su inscripción en el RM.

El examen que sigue se va a centrar en el procedimiento general a todas las MMEE, sin perjuicio de ir destacando en cada fase algunas especialidades de cada ME, centrándome siempre en aquello que pueda ser de mayor interés para la práctica notarial, en esencia las cuestiones de orden documental.

En ese sentido, en términos muy generales, distinguiría en relación con el procedimiento varias fases o momentos comunes a todas las MMEE: preparación, difusión, aprobación, protección de ciertos sujetos, y el final de ejecución e impugnación. Pero antes una breve indicación sobre su ámbito subjetivo de aplicación.

3. Ámbito subjetivo

Aunque la LME sólo hablaba en el título de sociedades mercantiles, la



normativa tiene un ámbito subjetivo superior, como pone de manifiesto la regulación específica de la transformación, que incluye otras posibles tipologías, como la SCi y la SCop, hasta el punto de que prácticamente no hay límites cuando se trata sociedades, ni por razón del objeto —civil—, ni de la causa —mutualista—. En el fondo, la identidad de esos fenómenos se hace posible por la existencia efectiva, desde el punto de vista del derecho positivo, de un concepto unitario de sociedad asentado por encima de sus diferentes clases. Por esa homogeneidad se admite que el sujeto de derecho transite de un tipo a otro sin solución de continuidad, a pesar de la profunda mutación de régimen jurídico que el cambio supondrá para los todos los interesados. La protección, entonces, no vendrá tanto por la limitación de las posibilidades subjetivas de transformación, como por la regulación del procedimiento.

Pero la delimitación de este perímetro de la transformación también es importante porque nos proporciona el índice legalmente tolerable de “promiscuidad” societaria en otras MMEF, pues la posibilidad de involucrar en un proceso de fusión/escisión a sociedades de forma, incluso de naturaleza distinta, es directamente proporcional al grado de intercambiabilidad entre esas mismas formas sociales a través del expediente transformador. Así, si el socio de una Sociedad Colectiva —SC— puede mutar en socio de una SRL en virtud de un cambio de forma, no hay inconveniente en que también ocurra por el hecho de ser absorbida su SC por una SRL. Lo mismo cuando interviene una SCop o una SCi. La duda que entonces surgirá vuelve a estar referida sólo al procedimiento, por si entonces será necesario superponer las medidas protectoras propias de cada ME.

El tema es especialmente complejo cuando hay cambio subjetivo, no mera mutación de forma, como ocurre en la fusión/escisión. Cuando la operación tenga carácter heterogéneo o mixto, habrán de superponerse las regulaciones propias de cada una de

las sociedades implicadas, en su caso de aquella sociedad que sea de nueva creación para todo lo relativo a sus requisitos constitutivos. Incluso, que sean más de dos normativas, pues, por ejemplo, es posible que no coincida la forma social de las dos sociedades existentes que se fusionan, y tampoco la de la resultante, sea nueva o absorbente. Es decir, hasta tres regulaciones diferentes. En la propia de cada forma social habrá que buscar las reglas aplicables al trámite de adopción de todos los acuerdos que sean precisos para la fusión (en su caso, aumento del capital) o para la constitución de la nueva sociedad. En cambio, para lo que son cuestiones estrictamente de procedimiento, habrá de acudirse al RDL, con claridad cuando todas las sociedades son mercantiles, pero caso de no serlo surge de nuevo un problema, bien por la ausencia total de una regulación propia, como ocurre en la SCi, bien porque esa regulación existe, pero en términos no del todo coincidentes con los del RDL.

Se ha de tener en cuenta que en la fusión, a diferencia de la transformación, necesariamente está implicada más de una sociedad, por eso el procedimiento en gran medida es compartido, empezando por un proyecto de ME, que ahora sí ha de ser común a varias. En ese sentido podrá ocurrir que se imponga a una sociedad un requisito no previsto en su normativa propia, pero necesario para que la otra sociedad cumpla con la suya. Será el caso, por ejemplo, de la suscripción de un proyecto común de fusión, también por el OA de la SCi participante. Lo mismo en cuanto al informe de experto sobre dicho proyecto. A partir de aquí, la protección de los socios y de los acreedores ya es una cuestión endémica de cada sociedad participante, que operará de manera muy distinta según se exija la unanimidad de los socios (SC/SCi), o baste con un acuerdo por mayoría. Incluso, podrá provocar una quiebra del sistema previsto en el RDL cuando en la sociedad de origen, por ejemplo, la protección de los acreedores continúe aferrada al viejo derecho de oposición

de los acreedores (el caso de la SCop). Respecto de los trabajadores, la legislación laboral ya es común y no hace distingos por la forma social.

Pero el mero hecho de que la fusión suponga un cambio de forma respecto de las sociedades participantes (no así de la absorbente), hace surgir la duda de si podemos hablar de una transformación superpuesta a la fusión, con activación simultánea de sus mecanismos protectores de socios y de acreedores. Con carácter general en la fusión no han de operar los que son propios de una mera modificación estatutaria, aunque con ello se prive al socio de su derecho de separación (objeto social distinto en la resultante), pero la transformación presenta características singulares.

En contra milita el argumento de que el art. 12.1.II RDL ha tenido especial interés en detallar los casos en que actúa ese mecanismo de protección de los socios, y no menciona los supuestos de heterogeneidad, pero la cuestión es si aquí se puede hablar, además de una fusión, también de una transformación interna, pues quien era socio de una forma social, pasa a serlo de otra. No parece muy coherente que el legislador considere digno de protección al socio cuando se siga la vía recta, e indigno cuando se siga una vía oblicua. También es cierto que para el caso más extremo, es decir, cuando el socio pase a responder ilimitadamente de las deudas sociales, sí que se ha previsto la exigencia del consentimiento unánime de los afectados (art. 48.1 RDL; pero no de otorgamiento conjunto de la escritura, cfr. art. 30.1 RDL), lo que hace menos acuciante el recurso a la transformación.

A pesar de ello, es el legislador quien ha querido que entre tipos sociales próximos, como pueden ser la SA/SRL, opere siempre ese derecho “de salida” del socio, y no tiene mucho sentido que desaparezca cuando se llegue al mismo resultado por otro recorrido. La excusa de que el socio siempre podría reclamarlo cuando el fraude de ley fuera manifiesto, por haberse utilizado una filial previamente constituida con arreglo a otro tipo, sin otro propósito

que el de absorber después a la matriz (fusión inversa), o simplemente por escoger una forma distinta a la de las participantes para la nueva sociedad que se constituya, aparte de que obliga a tratar como fraudulenta una situación que debe ser abordada desde la normalidad de su previsión genérica, pone sobre el socio la carga de tener que accionar en defensa de su derecho.

Pero la separación tajante entre ambas MMEE no sólo produciría desajustes en relación con los socios, también con los acreedores. Pensemos en el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales del art. 32 RDL, cuando, por ejemplo, una SRL sea absorbida por una SC. Ciertamente, aquí no podemos hablar de deudas que siguen siendo de la misma sociedad, pues se convierten en deudas de otra sociedad, pero eso no permite desconocer el régimen de responsabilidad de esas deudas, ni el antiguo, ni el nuevo. Parece claro que los antiguos socios de la SRL, que ahora pasan a serlo de la SC, también deberían responder personalmente de las deudas anteriores de “su” SRL, como lo harán —sin duda alguna— los que ya eran socios de la absorbente antes la fusión, pues las deudas de la absorbida se convierten en deudas de la absorbente, y por ellas también responden. El argumento de que los acreedores antiguos ya contaron con la posibilidad de reclamar garantías “adecuadas” no es convincente, pues esa adecuación a se refiere a la solvencia patrimonial de la sociedad, no al régimen de responsabilidad por deudas de los socios en la forma social de partida, que no mejora aquella solvencia. Lo mismo en sentido inverso, aunque en este caso sí existe una norma propia, cuando los socios de la SC pasen a ser socios de una SRL, respecto de las deudas contraídas con anterioridad a la fusión (art. 52 RDL), igual que un socio de una SC sigue respondiendo de las deudas sociales que fueron contraídas antes de su salida (arg. *ex* art. 220 CCom). La imbricación entre fusión y transformación resulta tan indudable, que no es factible una separación tajante entre ambas figuras.

Por todo ello, en estos casos de fusión mixta entiendo que se han de entrelazar las normas propias de la fusión/escisión y las de la transformación, sobre todo en lo que hace a la protección de los socios y la responsabilidad por deudas.

4. Preparación

Comprende la elaboración de varios documentos. De entrada, y como fundamental, se debe suscribir un proyecto —común, cuando sean varias las sociedades participantes— para la ME que corresponda. Ninguna se libra de este requisito, ni siquiera la transformación. La fusión, y por remisión la escisión, tiene un límite temporal máximo de seis meses para la aprobación del proyecto. No así la transformación y la cesión global. Ha de ser suscrito por los administradores de la sociedad o de las sociedades participantes, con arreglo a su régimen de funcionamiento. En el caso de Consejo de Administración —CA— no es delegable.

Por todo ello, en estos casos de fusión mixta entiendo que se han de entrelazar las normas propias de la fusión/escisión y las de la transformación, sobre todo en lo que hace a la protección de los socios y la responsabilidad por deudas

Como contenido básico que comparten todas las MMEE, lógicamente siempre que concorra el supuesto de hecho que en cada caso corresponda, destaco el obvio de la identificación de las sociedades participantes, con la especialidad de los datos de inscripción, pues alguna de las participantes puede no estar inscrita (SCi). También el calendario indicativo propuesto para la realización de la operación, aunque su observancia no es una cuestión que

deba controlar el RM, pero sí conviene tener cuidado al indicar los plazos de los diferentes trámites, en particular los relativos a la información de los distintos interesados, no se vaya a señalar por descuido un plazo inferior al mínimo legal, sobre todo por los plazos de información a los trabajadores, especialmente cuando se cuente con un futuro acuerdo unánime en JG universal y se quiera ir demasiado rápido. Se incluyen las implicaciones de la operación para los acreedores y, cuando proceda, también la oferta de garantía a su favor. Siempre deberán constar las consecuencias probables para el empleo. En su caso, también la oferta de compensación en efectivo a los socios que tengan derecho a enajenar su cuota.

A partir de aquí cada ME añade ya su información específica, por ejemplo, en el caso de la transformación resulta fundamental el proyecto de estatutos de la nueva forma social, en la fusión el tipo de canje y la posible compensación complementaria en dinero, así como la fecha de efectos contables y la información sobre la valoración del activo/pasivo de cada sociedad, y en la escisión la descripción precisa del patrimonio activo/pasivo y su distribución entre las beneficiarias (si es total), o entre la escindida y la beneficiaria (si es parcial), incluido el tratamiento de los activos/pasivos desconocidos y el criterio de atribución a los socios de las acciones/participaciones de la beneficiaria. En la cesión lo será la contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios, y en este segundo caso, además, el criterio de reparto entre ellos.

Adviértase que forma parte del proyecto la acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social —SS—, mediante la aportación del correspondiente certificado. En la transformación, curiosamente, esta acreditación no se incluye en el proyecto, sino que le acompaña. No procede entrar ahora en la crítica de este requisito, cuya exigencia podía venir justificada por la DM para las MMEE transfronterizas, pero



constituye un exceso en el caso de las operaciones domésticas, singularmente de la transformación, donde no tiene lugar transmisión patrimonial alguna. Es un ejemplo más de presión indirecta para que la sociedad cumpla con esas obligaciones, aprovechando la oportunidad que ofrece una ME, igual que se podía haber aprovechado cualquier otra excusa. De todos modos, también se está al corriente cuando la sociedad ha obtenido un aplazamiento o un fraccionamiento de sus obligaciones.

Esto supuesto, son dos las cuestiones que se pueden plantear. En cuanto al tipo de certificado, respecto de la SS se trata del certificado que debe expedir la TGSS y cuya tramitación electrónica automatizada se regula en la Resolución de la TGSS de 14/02/2023. En concreto, estaríamos ante un certificado de los llamados “*con efectos generales*” ¿Es necesario si la sociedad no tiene trabajadores? Parece que sí, ya que pudo tenerlos en el pasado, y entonces con deudas pendientes ¿Y si se declara que nunca los tuvo? No veo la razón de inadmitir esta declaración, pero puede dar problemas con el RM.

La duda surge con las obligaciones tributarias, ya que las administraciones públicas implicadas pueden situarse en tres distintos niveles, en concreto estatal, autonómica y local, incluso, otros Estados de la UE. Como regla general, cuando alguna normativa estatal exige para un propósito concreto la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, suele remitir a su desarrollo reglamentario. Así, por ejemplo, con la Ley general de subvenciones o la de contratos del sector público. En el posterior desarrollo reglamentario, tratándose de sociedades, se viene a considerar que la sociedad se halla al corriente cuando está dada de alta en el IAE, presenta declaraciones por el IS, declaraciones periódicas y resumen anual de IVA, y no tiene deudas de naturaleza tributaria con el Estado. Sólo cuando el órgano de contratación o concedente de la subvención depende de una comunidad autónoma o entidad local se extiende a deudas de naturaleza tributaria con la respectiva administración autonómica o local.

En nuestro caso no cabe esperar un desarrollo reglamentario, así que debemos conformarnos con el RDL. Por ello debe tenerse en cuenta que estamos ante una normativa de ámbito estatal que, realmente, sólo por tratarse de una ME, a ninguna otra administración tributaria afecta de manera específica, fuera de lo que ocurre con cualquier otro acreedor. Siendo así, ningún argumento teleológico o finalista hay para incluir todas las obligaciones tributarias, y parece más razonable que se circunscriba únicamente a aquellas con similar ámbito territorial que la regulación aplicada, es decir, el estatal, en forma pareja a como ocurre en el preconcurso de acreedores. En ese sentido, resulta muy revelador que la Exposición de Motivos del Anteproyecto que se hizo público en febrero de 2023, a propósito de la ME transfronteriza, expresamente dijera que se mantenía la posición y garantía de los derechos de estos acreedores, “*en relación con las obligaciones ... con la Agencia Estatal de Administración Tributaria*”, párrafo que desaparece del RDL, simplemente porque la singular amalgama de disposiciones en el elefantiásico RDL obligaba a recortar de manera abrupta su preámbulo, privándonos de un valioso material interpretativo. A pesar de ello, el inciso es revelador del tipo de obligaciones tributarias en las que está pensando la norma. Por otra parte, aunque el RDL hable en plural de certificados, ya que se trata de dos,

el tributario y el de la SS, respecto de su emisor emplea el singular (“*por el órgano competente*”), así que, si sólo se expide por un órgano, es que sólo hay un certificado de cada tipo, y en el caso del tributario habrá de ser el de la AEAT, o del órgano de la Hacienda foral que corresponda (finalmente, en este sentido, la Res. de 02/04/2025).

La segunda cuestión que se suscita es la de su vigencia temporal. El certificado de la SS suele tener una vigencia de seis meses, y en el caso del tributario de doce o de tres meses según se trate de obligaciones periódicas o no. Dando por hecho que habrá de estar vigente con ocasión de la firma del proyecto, la duda es si ha de mantenerla hasta algún hito posterior, o basta con aquella. Entiendo que ha de ser la del acuerdo de la JG. No basta con el proyecto, por su carácter preparatorio. Pero no es exigible que siga vigente con ocasión de la escritura, y menos de su inscripción.

De todos modos, esta exigencia sólo debería aplicarse cuando la sociedad de origen es mercantil, nunca en otro caso. Claramente si la ME es unilateral, y así una SCI o una SCop debería poder transformarse en cualquier forma de sociedad mercantil, o escindirse para formar una nueva sociedad mercantil, sin necesidad de acreditar este requisito, pues se trata de un requisito para la salida, no para la entrada. Quizá menos claro si la ME es bilateral al ser requisito del proyecto común, y en ese sentido la SCI/SCop



Estudios doctrinales



se puede ver sometida a requisitos adicionales por razón de la sociedad mercantil que participa. No obstante, dos Ress. de 11/07/2024 parecen inclinarse por exigir su cumplimiento, también cuando la forma social de salida no es mercantil, en lo que me parece un claro exceso.

El otro documento preparatorio es el informe del Órgano de Administración —OA— explicando y justificando la ME, sólo para los socios y trabajadores, con un doble contenido, que también podría desdoblarse en dos informes distintos, entonces con destinatarios separados, aunque con una información básica sobre la justificación y las consecuencias para la actividad de la empresa que ha de ser común (la del apartado 1). De todos modos, los socios pueden recibir los dos informes cuando se separen, no así los trabajadores, que sólo deben obtener el suyo.

La sección específica para los socios está referida a la compensación en efectivo y al tipo de canje (en ambos casos, cuando procedan, pues no siempre existen), información sobre los derechos y vías de recurso a su disposición y, en general, las consecuencias para ellos de la ME. Se traen aquí y se sacan del proyecto el impacto de género y la incidencia en la responsabilidad social. Hay modalidades

de fusión/escisión especial que no exigen este informe. Con carácter general no será exigible cuando así lo hayan acordado los socios por unanimidad.

Para los trabajadores el informe debe recoger amplia información sobre las consecuencias de la ME para las relaciones laborales, también, en las filiales. Cuando el órgano de administración reciba, en tiempo oportuno, una opinión, no sólo sobre los aspectos estrictamente laborales (apartado 5), también sobre los aspectos generales de la ME, como son su justificación jurídica y económica, o sus consecuencias para la actividad empresarial futura de la sociedad (apartado 1), se adjuntará al documento y se informará de ello a los socios, se supone que en la Junta General —JG—. Recordemos que en la LME este informe también se refería a las implicaciones de la fusión para los trabajadores, pero éstos no eran sus destinatarios (sólo los socios), con independencia de que después pudieran acceder a él por la vía de la información genérica prevista para la fusión. Ahora una sección del informe se les dedica y comunica de forma específica, y lo es, además, como una obligación propiamente societaria, no laboral.

Por eso, en aquellas operaciones especiales en las que expresamente se prescinde del informe de los

administradores (ejemplo típico, la absorción de sociedad íntegramente participada), no resulta tan claro que la exención se extienda a esta sección, que entonces habrá de redactarse como informe único para la parte laboral. El hecho de que en su regulación específica se siga hablando en general de informe de administradores, como requisito eximido, sin distingo por sus destinatarios, por no haber cambiado en ese punto la redacción de la LME, puede no constituir una norma especial de aplicación preferente, que en ese sentido exima de cualquier informe, pues la exención se debe interpretar en armonía con sus nuevos destinatarios. Adviértase, además, que el proyecto de fusión sí que debe pronunciarse sobre las consecuencias para el empleo, así que no resultaría muy coherente prescindir del informe que les afecta. Que el informe declare que no las hay, no deja de ser el contenido propio de éste, que ha de ser objeto como tal de la oportuna comunicación. De hecho, con carácter general en las disposiciones comunes se establece que esta sección sólo es prescindible cuando no haya trabajadores ni en la sociedad participante, ni en sus filiales, o los únicos que haya formen parte del OA o de dirección, y además en la transformación interna, sin haber contemplado las fusiones intragrupo. Pero este rigor estaría justificado en el caso de las operaciones transfronterizas armonizadas, pues, aunque la DM exime en general del informe de los administradores, sólo lo hace respecto de la sociedad absorbida, no de la absorbente, que ha de informar entonces de las consecuencias laborales en la filial, es decir, la absorbida. Pero en las operaciones nacionales ninguna necesidad había de llegar tan lejos. Constituye un ejemplo del exceso de laboralismo —si se me permite la expresión— de la nueva regulación, pues el Estatuto de los Trabajadores ya regula esta información, y la subsiguiente obligación de suministrarla, con consecuencias sancionadoras en el ámbito laboral, pero al incorporarla con esa rigidez a la legislación mercantil se convierte en un requisito de la operación societaria, que podrá afectar a su inscripción en el RM.

De todos modos, la Res. de 16/12/2024 ha zanjado la duda en el sentido más razonable de considerar prescindible ese requisito, pero lo ha hecho sólo en parte, pues queda acotado a la absorción donde la absorbida no tenía trabajadores, pero sí la absorbente, estando la primera íntegramente participada por la segunda. La DGSJFP no entra en la cuestión de si, en determinados casos, y a pesar de la literalidad del precepto, cabe prescindir del informe del OA destinado a los trabajadores sobre la fusión en supuestos en que la sociedad absorbida carece de trabajadores, aquella es acordada por unanimidad en JG universal y se pone de manifiesto en el proyecto de fusión que ésta no produce efecto alguno sobre el empleo de la absorbente. No obstante, al darse la circunstancia de que en el caso de la resolución la sociedad absorbida estaba íntegramente participada por la absorbente, la DGSJFP considera que el art. 9 RDL (aplicable a todas las MMEE, sin distinguir entre las fusiones internas o las transfronterizas) debe ceder ante la norma especial prevista para las fusiones internas del art. 5 RDL, relativa a la absorción de sociedad íntegramente participada.

El tercer documento preparatorio es el informe de un experto independiente designado por el RM. Aunque la norma dice que sus destinatarios son los socios, esto no es del todo exacto, sobre todo por el sistema que después indica de difusión del mismo. Se divide en tres partes y no siempre es obligatorio, sino facultativo:

- Primera parte: cuando el socio tenga derecho a enajenar su cuota, debe pronunciarse sobre si es adecuada la compensación en efectivo ofrecida. Además, cuando haya tipo de canje en la fusión/escisión, también deberá hacerlo sobre si dicho tipo es adecuado. Téngase en cuenta que la valoración de la compensación en los casos de enajenación no podrá tener en cuenta el efecto de la operación propuesta, a diferencia de lo que ocurre cuando

se trata del tipo de canje o su complemento, diferencia plenamente justificada porque, en un caso, se trata de un socio que sale de la sociedad porque no quiere participar en la ME, mientras en el otro caso es un socio que se queda, pero simplemente discrepa de lo que recibe a cambio, por razón de cómo se ha valorado su participación, pero teniendo en cuenta los efectos que tendrá la ME.

Hay modalidades de fusión/escisión especial que no exigen este informe. Con carácter general no será exigible cuando así lo hayan acordado los socios por unanimidad

Como el informe, no obstante regularse en la parte común, no se exigirá cuando así se establezca en el régimen particular de cada ME, habrá que estar a las normas de cada una. Así, en la fusión sólo se exige cuando alguna de las sociedades participantes sea SA/SCpA y en la escisión, aparentemente, sólo cuando lo sean todas. Pero, sorprendentemente, en la transformación, es decir, en la operación doméstica a la cual es consustancial el derecho a enajenar, dispone el art. 22 RDL que el informe de experto sólo será necesario en los casos de transformación en SA/SCoA, y tendrá como único objeto la valoración de las aportaciones no dinerarias. Con lo cual, el experto, aunque intervenga, no se habría de pronunciar sobre la compensación en caso de enajenación, en abierto contraste con el régimen del antiguo derecho de separación, donde, a falta

de acuerdo, debe intervenir un experto designado por el RM. Obviamente, el socio podrá reclamar en la forma que después indicó, pero no contará con el apoyo de la opinión de un experto pagado por la sociedad.

- Segunda parte: sobre la cobertura del capital, sólo cuando la resultante/beneficiaria sea SA/SCpA. Aunque en el caso de transformación, ahora sí se deja claro que sólo se trata de valorar el patrimonio no dinerario (aunque de forma bastante incorrecta se habla de "aportaciones", que no existen en un cambio de forma). Al hilo de esto, me permito destacar que, respecto de la transformación, el RDL sigue sin exigir la declaración en la escritura de que el patrimonio cubre el capital social, como sí hace el RRM y ha reiterado la DGSJFP. Teniendo la oportunidad de zanjar el tema, el RDL guarda silencio, pero la prudencia aconseja seguir haciendo esa manifestación en la escritura.

- Tercera parte: siempre facultativa, contendrá una valoración sobre la adecuación de las garantías ofrecidas a los acreedores, cuando tengan derecho a reclamarla. La única ME donde no opera este derecho a reclamar garantías es en la transformación, en las demás se activa siempre y para todas las sociedades ya existentes que participen, incluso para participantes que no sean una sociedad, como en el caso de la cesión global, donde el cessionario puede ser una persona física.

El informe de experto debe estar vigente en el momento de celebración de la JG. Recordemos que, con carácter general, estos informes caducan a los tres meses, con posible prórroga por otros tres.

Aparte, existen otros documentos que también habrán de prepararse, como el balance de la operación que corresponda o el informe de auditor. Como regla, sirve el balance de ejercicio, siempre que estuviera cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto. Pero en la fusión (y escisión, por remisión), se cuenta con la opción de un balance específico cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente, siguiendo los mismos métodos y criterios del último balance de ejercicio. También, en la fusión se admite la modificación de las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables. Curiosamente, en la transformación es la fecha de la JG, creo que por arrastre inconsciente de la LME, donde no había proyecto de transformación, pero ahora sí. Tampoco se alude a la posibilidad de un balance para la transformación, que no sea el de ejercicio. A pesar de ello, entiendo que debe admitirse, pues, de lo contrario, las operaciones de transformación quedarían limitadas al primer semestre del año. Pero la antigüedad sería entonces de seis, no de tres meses.

En general, cuando se trate del balance de unas cuentas ya aprobadas, lo que hace la JG es acordar que éste valga como balance de la operación. Pero nada se opone a que en la misma JG se aprueben las cuentas anuales del ejercicio anterior y se adopte su balance para la operación. Tampoco veo inconveniente en que el balance específico para la operación se anticipé a la aprobación de las cuentas del ejercicio ya cerrado. Como complemento el OA deberá informar a los socios de las modificaciones patrimoniales importantes entre su fecha y la de la JG.

Respecto de la verificación contable, está referida al balance de las cuentas anuales, cuando exista la obligación de auditar, aunque lo sea a instancia de la minoría, para ese ejercicio concreto. Pero ello no impide que en ese caso la sociedad formule un balance específico para la ME, cerrado

previamente unos días antes al de las cuentas anuales, que entonces no tendría que auditarse.

En cuanto a otros posibles documentos, en la escisión, otra vez creo que por arrastre inconsciente del texto de la LME, también se alude a un —inexistente— informe específico sobre aportaciones no dinerarias que, además, debería depositarse en el RM.

5. Difusión

Empleo este término genérico para distinguir dos exigencias diferenciadas de divulgación de los documentos preparatorios indicados, a las que llamaré, de un lado, comunicación y, de otro lado, publicidad. La comunicación tiene destinatarios específicos, de modo que la sociedad puede restringir su acceso sólo a ellos. Básicamente, se trata del informe del OA (junto con el proyecto, aunque éste también se publica), que se ha de poner a disposición de sus destinatarios (recordemos, socios/trabajadores) mediante la web corporativa y, sólo en su defecto, mediante una remisión por vía electrónica (no en papel), con un mes de antelación a la JG (seis semanas en las transfronterizas).

A parte, existen otros documentos que también habrán de prepararse, como el balance de la operación que corresponda o el informe de auditor

Respecto del informe de experto, aunque —como veremos— también es objeto de publicidad, se debe comunicar en la mismo plazo sólo a los socios. Nada dice el RDL respecto de la forma, pero entiendo que habría de serlo del mismo modo que el informe del OA, al margen de lo que digo luego sobre su publicidad

En la fusión/escisión, además, antes de la convocatoria de la JG, el art. 46 RDL obliga a poner a disposición de socios/trabajadores/obligacionistas/

titulares de derechos especiales, mucha más documentación: cuentas anuales de las sociedades participantes, balances, proyecto de escritura, y otros. Se hará mediante la web corporativa y, en su defecto, no se debe enviar de forma automática como en el caso anterior, sino que aquellos tendrán derecho a su examen en el domicilio social, o a pedir su entrega o el envío gratuito, en ese caso sólo por medios electrónicos. La sociedad podría admitir otros medios de envío, pero únicamente tiene la obligación de hacerlo por medios electrónicos.

La diferencia con el sistema del informe probablemente sólo responda a que se ha querido mantener la redacción del art. 39 LME, añadiendo apenas la nueva indicación de los medios electrónicos, pero mucho sentido no tiene introducir estas sutiles diferencias de procedimiento según el documento, ya que pueden dar lugar a un despiste con consecuencias de cara a su inscripción.

Junto a la comunicación estaría la auténtica publicidad, que es la regulada en el art. 7 RDL, la cual se hace mediante mecanismos de difusión general no restringida, pero se limita al proyecto, al anuncio informando a socios/acreedores/trabajadores de su derecho a presentar observaciones al proyecto, hasta cinco días laborables antes de la JG, y al informe de experto, cuando exista, pero excluyendo la información confidencial. Se hará mediante la inserción en la web corporativa al menos un mes antes de la JG y ha de mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio de los derechos de los acreedores. En este caso el posible depósito en el RM es facultativo. El hecho de la inserción en la página web se debe publicar en el BORME.

En ausencia de web corporativa, entonces el depósito en RM ya es obligatorio, pues la difusión ha de ser general, abierta y gratuita. Ignoro cómo se aplicará, pero los aranceles registrales por esta publicidad no podrán superar la recuperación del coste de la prestación del servicio. Entiendo que sigue siendo aplicable la restricción del RRM a que la calificación del RM

Algunas cuestiones de interés notarial en la nueva regulación sobre modificaciones estructurales

se limite a comprobar si el documento (ahora documentos) presentados son los exigidos por la ley y si están debidamente suscritos.

Curiosamente, en la cesión global se contempla el depósito en el RM como obligatorio, sin más, lo que debe interpretarse como un simple error, por falta de acoplamiento a la regulación básica.

En todo caso, no se puede convocar la JG hasta haber cumplido con este requisito de publicidad.

Como puede verse, la variante informativa específica de la fusión del art. 46 RDL a la que antes me referí, responde más al modelo de la comunicación que al de la publicidad, pues tiene unos destinatarios específicos. Pero, en realidad, se solapa y confunde en parte con la publicidad anterior, al menos para la página web, pues el nuevo art. 46.1 RDL no la limita a los documentos que detalla, sino que también la extiende a “*los especificados en las disposiciones comunes*”. Cuando exista esa página web, tanto los documentos del art. 46.1 RDL, como los del art. 7.1 RDL, se difunden por medio de aquélla, y con la posibilidad de descargarlos e imprimirlos, aunque los del primer precepto podrán ver restringido su acceso sólo a los sujetos antes mencionados. En caso de no tener página web, únicamente los del art. 7.1 RDL serán objeto de depósito en el RM, pero todos esos documentos, sean los mencionados en uno o en otro precepto, se han de poner a disposición de esos sujetos de una forma concreta (además, entonces, del RM, pero sólo para los del art. 7.1 RDL), por cuanto sus destinatarios podrán solicitar por cualquier medio admitido en Derecho el examen en el domicilio social de copia íntegra de los documentos, así como la entrega o el envío gratuito, por medios electrónicos, de un ejemplar de cada uno de ellos. De esta posibilidad la sociedad debe avisarles por medio de la convocatoria de la JG, aunque, en rigor, este aviso sólo llega a quienes son llamados a la JG, es decir, los socios, cuando la convocatoria se hace mediante comunicación individual y no por publicación de un anuncio, y

todavía más claro si solo está prevista una comunicación informal para una JG universal. Los demás interesados, por esta vía no se enteran. Obviamente, el mismo OA tendrá interés en comunicar por cualquier vía a los obligacionistas/titulares derechos especiales/trabajadores que tienen esos documentos a su disposición en la forma indicada, pero no será por una convocatoria que sólo recibe el socio, por mucho que se deba destacar en esa comunicación el derecho de aquellos, que no la reciben. Es una incoherencia que se viene arrastrando desde la LSA, en un momento en que la convocatoria de la JG de una SA necesariamente debía hacerse mediante anuncios publicados, lo que permitía un conocimiento general por todos los interesados.

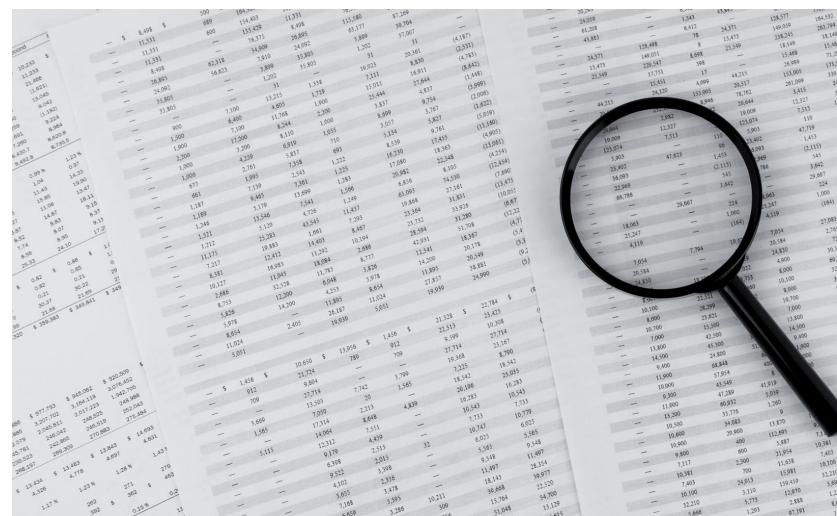
De todos modos, al final, y con carácter general, todo se resuelve en una manifestación de los otorgantes de la escritura de haber cumplido con esta obligación de información del art. 46 RDL con la antelación prevista, sin más detalle, con independencia de que —además— el RM puede acceder al contenido de la convocatoria de la JG en cualquier caso, sea pública o privada.

Por otro lado, aquí es donde resulta relevante el matiz sobre la puesta a disposición de los socios del informe de experto, extremo que ya he dicho no se precisa en el RDL (sólo el plazo). Si, como entiendo, es igual que con el informe del OA, el envío no demanda

rogación; de no entenderlo así, habría que pedirlo. Cabe plantear, no obstante, si a estos sujetos les está permitido acceder por su vía reservada —comunicación— al informe de experto en su integridad, incluidos los datos confidenciales que no se revelan al público en general —publicidad—. Considero que su ocultamiento puede admitirse cuando existan razones objetivas para considerar que podrían utilizarse en perjuicio de la sociedad, pero deberán explicarse por el OA.

Es curiosa la situación del balance de transformación. En la LME, junto con otros documentos debía ponerse a disposición de los socios en el domicilio social, con posibilidad de pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos, con ocasión de convocar la JG. Ahora, realmente, no se sabe cuándo, pues no es objeto de la publicidad preparatoria del art. 7 RDL, ni se ha previsto una puesta a disposición específica, como sí ocurre en la fusión. No obstante, dado que la JG expresamente debe pronunciarse sobre su aprobación, en aplicación del régimen general de la LSC será preciso que en la convocatoria se destaque el derecho de los socios de examinarlo en el domicilio social, así como pedir su entrega o el envío gratuito.

Como puede verse, después de haber diseñado un régimen común a todas las MMEE, en la regulación singular de cada una se mantienen residuos de la LME, con diferencias



Estudios doctrinales

en ocasiones muy de matiz, pero que se deben tener en cuenta.

Conviene insistir en que únicamente estos tres documentos son objeto de esta publicidad, a pesar de la indicación genérica del art. 7.1 RDL de que deberán insertarse en la página web esos documentos, “*además de los que se especifiquen para cada tipo de modificación estructural*”. En el caso de la transformación esos documentos son ninguno, pero sí en la fusión, donde el art. 46 RDL regula una variante específica, pero restringida a los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores, como así resulta de su identificación como únicos destinatarios de la puesta a disposición alternativa de los documentos en ausencia de página web. Estando esta segunda limitada subjetivamente, también podrá restringirse el acceso a la información por medio de la página web. De aquella indicación en el art. 7.1 RDL no se desprende que la difusión requerida por el art. 46 RDL también deba ser pública, sólo que puede haber más documentos no mencionados en el art. 7 RDL que igualmente deben insertarse en la web. Un recordatorio bastante inútil, y hasta peligroso, pues dar pábulo a que otros documentos también están sometidos al régimen de la publicidad preparatoria del art. 7 RDL implicaría, en ausencia de página web, su depósito obligatorio en el RM, que no es la alternativa prevista en el art. 46 RDL.

6. Aprobación

Corresponde a la JG, con la excepción de aquellas fusiones especiales en las que se prescinde de la aprobación por la JG de la absorbida y, en ocasiones, cumpliendo determinados requisitos, también de la absorbente. En ese sentido, de forma muy sutil, parece que el RDL no permite acudir a la ficción de que el acuerdo de la JG de la sociedad absorbente valga a ciertos efectos como si también lo fuera de la absorbida, y exige un acuerdo expreso, que habrá de ser objeto de publicación/comunicación, entonces de su órgano de administración, aunque sólo alude al CA. No hay razón para distinguir

cuando el sistema sea otro, aunque no se publique/comunique entonces como un acuerdo, sino como una decisión del o de los administradores, individualmente considerados.

En el caso de la cesión global, no será necesario el acuerdo de la JG de la sociedad cessionaria, bastando el acuerdo —otra vez— del CA (en rigor, del OA, cualquiera que fuese su forma), salvo que la cesión global tenga por objeto la adquisición de activos esenciales.

Las mayorías son las de la LSC, que se incorporan al RDL, pues ya no hay remisión, y se limita el posible refuerzo estatutario al 90 % de los derechos de voto que correspondan al capital social presente/representado en la JG (no al total)

La JG debe tomar nota de las observaciones de socios/acreedores/trabajadores. Por “*tomar nota*” se ha de entender la mera información que, sobre las observaciones presentadas, suministre la mesa de la JG, o los administradores presentes, sin necesidad de una votación específica, pero siempre antes de la votación del acuerdo sobre la ME. A efectos de su inscripción, bastará con indicar que se hizo, sin más detalle. Sólo en las operaciones transfronterizas, cuando se deba expedir el certificado previo, el RM accede a esas observaciones, según resulten del acta de la JG. De todos modos, estas observaciones podrán llevar a que la JG no apruebe la ME, nunca a que se introduzcan cambios unilateralmente en el proyecto, pues esto equivaldría a su rechazo.

Las mayorías son las de la LSC, que se incorporan al RDL, pues ya no hay remisión, y se limita el posible

refuerzo estatutario al 90 % de los derechos de voto que correspondan al capital social presente/representado en la JG (no al total). Al ser un tope referido al total de los votos concurrentes a la reunión, su aplicación a la SRL resulta algo problemática, pues en esta forma social el cálculo se hace sobre los votos totales en la sociedad, al margen de los que concurren, de modo que la misma mayoría legal de 2/3, bien podría suponer la exigencia de un número de votos superior al 90 % de los votos asistentes. Por eso, parece que en la SRL ese refuerzo debe entenderse referido a su propia base de cálculo, como prohibición de exigir en los estatutos una mayoría superior al 90 % de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Como curiosidad, el traslado del domicilio social al extranjero —ahora, transformación transfronteriza— ha perdido su plazo especial de convocatoria de la JG de dos meses del anterior art. 98.1 LME. La fusión/escisión sí que tienen un plazo especial de un mes, que se aplica a su equivalente transfronterizo por la remisión genérica al régimen común, pero la transformación transfronteriza, ni tiene norma propia en el Capítulo III del Título III, ni la conoce en el régimen doméstico, lo que da como resultado la aplicación del general de la LSC —15 días en la SRL—. Entiendo que este mismo criterio se aplica a la cesión global.

Pero me refiero estrictamente a la antelación del anuncio de convocatoria de la JG, pues distinta es la comunicación/publicidad que debe hacerse previamente a la JG. Recordemos, un mes o seis semanas para el informe del OA, un mes para el informe de experto, un mes para la publicidad preparatoria y la complementaria, y antes de la convocatoria para la información especial del art. 46.1 RDL.

En cuando al contenido del acuerdo, la JG se pronuncia mediante la aprobación o no —en bloque— del proyecto de ME, previa aprobación del balance. La publicidad del acuerdo se hará mediante el BORME y la página web, y en ausencia de esta última en



uno de los diarios de mayor difusión en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance presentado. Como veremos, quizás el anuncio deba decir más cosas cuando se trate de acuerdo unánime.

Igual que en el pasado, no será necesaria la publicación cuando se comunique individualmente por escrito o vía electrónica a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en la dirección que figure en la documentación de la sociedad. Recordemos que, con independencia de que el RM acceda al contenido de una publicación/comunicación donde así se haga constar, por una exigencia reglamentaria que sigue referida a la LSA, es necesario manifestar en la escritura que el contenido del acuerdo y del balance efectivamente se ha puesto a disposición de los socios/acreedores. No basta con comunicarles que lo tienen a su disposición, hay que destacar en la escritura que efectivamente lo han tenido.

7. Acuerdo unánime

Interesante el régimen de la que antes se llamaba fusión exprés, y que ahora pasaría a ser ME exprés, pues el art. 9 RDL la extiende a cualquier ME. En el pasado, especialmente tras la reforma de la LME de 2012, quedó claro que el proyecto de fusión debía existir en todo caso, pero no trascendía del ámbito interno de la sociedad, entiéndase como tal proyecto. Dándose el supuesto de hecho del entonces art. 42 LME, el acuerdo podía adoptarse sin necesidad de publicar o depositar el proyecto, además de sin informe del OA. Por decirlo de forma gráfica, el RM no accedía al proyecto. Cuestión distinta era que el acuerdo de la JG debía ajustarse al contenido legal del proyecto, pero por razón de las cuestiones sobre las que debía pronunciarse aquella. La DGSJFP llegó a ser tan rigurosa que exigía, de hecho, un pronunciamiento en cuestiones sobre las que propiamente la JG no decidía, sino que simplemente era informada,

como el impacto de género o la responsabilidad social.

La nueva normativa mantiene la exención publicitaria, ahora referida a dos documentos, el proyecto y, en su caso, el informe de experto, este segundo cuando exista. Tengamos presente que la segunda parte del informe de experto no es disponible cuando concurre su supuesto de hecho, pues atiende a exigencias de cobertura del capital, y en cuanto a las garantías de los acreedores realmente es facultativo.

Pero el proyecto ha de existir siempre, y aunque no se publique en la forma del art. 7 RDL, sí que ha de ser objeto en la fusión —y escisión— de la divulgación prevista en el art. 46 RDL, que puede hacer necesaria su inserción en la web corporativa, con posibilidad entonces de restringir su acceso, y con una antelación no referida en su caso a la convocatoria de la JG, pero sí a la fecha prevista para su reunión como JG universal. Obviamente, si no hay obligacionistas/derechos especiales/trabajadores, es renunciable, pero, en otro caso, se debe dejar a salvo aquel derecho.

También se prescinde del informe del OA, pero en rigor sólo de la sección destinada a los socios, no la de los trabajadores, que ha de redactarse y difundirse en la forma antes vista.

No basta con comunicarles que lo tienen a su disposición, hay que destacar en la escritura que efectivamente lo han tenido

Por último, también se omite el anuncio sobre la posibilidad de formular observaciones para su toma de razón en la JG. Aquí la duda es si también los trabajadores se ven privados de este derecho, y la respuesta quizás debe ser afirmativa, pues, aunque los derechos de información de los trabajadores no podrán ser restringidos por el hecho de la aprobación en JG universal, ahora

no se trata de un derecho a ser informado, sino de un derecho a informar, lo cual es muy distinto. Como es distinto, pero ahora intocable, el derecho de los trabajadores a hacer llegar al OA una opinión sobre el informe de este último, de la que deberán ilustrar a los socios. Por el contrario, en las operaciones transfronterizas armonizadas el derecho a las observaciones no es derogable, lo que impide el empleo de esta modalidad simplificada.

El supuesto de hecho de la norma sigue siendo el acuerdo en JG universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y en todas las sociedades. No cabe una exención individual sólo para una de las sociedades. Ciertamente, la norma ahora emplea también el singular, pero porque su supuesto de hecho es más amplio e incluye MME unilaterales, como la transformación, pero siendo varias las implicadas ha de ser para todas ellas.

La novedad de la reforma es la exigencia expresa de que en estos casos los documentos exigidos, es decir, siempre el proyecto y, en su caso, el informe de experto, se deben incorporar a la escritura. Es curioso porque el informe de experto, con el RRM en la mano, se debe acompañar a la escritura como documento complementario, pero en este caso se ha de incorporar.

De todos modos, la ausencia de publicidad preparatoria plantea un serio problema en relación con los acreedores, no tanto por el corte temporal para saber qué acreedores tienen o no derecho a reclamar garantías, fácilmente resoluble por referencia a la publicación/comunicación del acuerdo, sino porque no tendrán acceso a una información esencial para hacer uso del mismo. Primero, porque las garantías (o su ausencia, si así lo considera oportuno la sociedad) se han de recoger en el proyecto. Segundo, porque necesitan acceder a toda esa información para valorar si sus derechos están en riesgo debido a la ME y, en su caso, si las garantías propuestas son adecuadas, pues tienen que demostrarlo —ya no es un derecho incondicionado, como el de oposición—.

Como ellos no son destinatarios de la información prevista en el art. 46 RDL, su única vía de acceso es la publicidad preparatoria, y en su ausencia, no queda otra que buscar un alternativa. El problema es que el art. 10 RDL al regular la publicidad del acuerdo sólo les reconoce el derecho a obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance presentado, nada más. Únicamente de forma indirecta, por la exigencia de que el acuerdo de la JG se ajuste al proyecto, los acreedores acceden a la información sobre las garantías ofrecidas, ya que se aprueban por la JG, pero no a los aspectos puramente informativos del proyecto (en especial, las implicaciones de la operación para ellos), ni a la posible declaración sobre la situación financiera, ni a otros documentos como el informe del experto, a pesar de que este último —si existe— es decisivo para el ejercicio de su derecho.

La única solución pasa por reinterpretar el art. 10 RDL en el sentido de añadir el derecho de los acreedores de obtener, tanto el proyecto íntegro, como esos otros documentos, en el supuesto de que hubiesen sido formulados, y que así se haga constar en el anuncio.

Pero en estas condiciones carece de todo sentido práctico hacer uso del procedimiento simplificado y arriesgarse a una disputa con el RM sobre si el anuncio se hizo incorrectamente por no haber incluido una mención expresa a la posibilidad de obtener esos otros documentos, no expresamente aludidos en el precepto, pero que —entiendo— también han de ponerse a su disposición para cumplir con la finalidad de la norma. Mucho más sencillo servirse de la página web o del depósito en el RM.

Por último, la insistencia de las dos Ress. de 11/07/2024 en que los requisitos de procedimiento del RDL se aplican también a las formas sociales no mercantiles que se transforman, plantea un serio problema cuando no estén inscritas en el RM. Tratándose de una SCi, la más que probable exigencia de unanimidad de los socios permitirá acudir a esta forma de dispensa, pero

en la SCop obligará a depositar en su registro correspondiente una serie de documentos no previstos en su legislación propia, y todo para que, después, el RM no ponga problemas.

8. Protección de los socios

Los socios disfrutan de distintos mecanismos protectores. De entrada, el que podemos llamar derecho a enajenar, limitado a los casos de transformación, operaciones transfronterizas cuando el socio pase a estar sometido a una ley extranjera, un supuesto de fusión especial y, entiendo, los de fusión/escisión heterogénea, por cuanto el resultado es similar a la transformación, aunque admito que es discutible. El derecho de separación tradicional se sustituye por esta enajenación a cambio de una compensación en efectivo adecuada, debiendo comprar la sociedad, los socios o los terceros que la sociedad proponga. Ninguna regla se establece para la elección de los socios/terceros que proponga la sociedad, pero entre los socios se habrá de respetar el principio de igualdad de trato, con posible reparto proporcional entre los socios que hubieran votado favor.

El derecho de separación tradicional se sustituye por esta enajenación a cambio de una compensación en efectivo adecuada, debiendo comprar la sociedad, los socios o los terceros que la sociedad proponga

Este derecho sólo se tiene cuando el socio haya votado en contra o sea titular de acciones/participaciones sin voto (no basta la abstención o la ausencia). Pero la diferencia con el anterior derecho de separación no es únicamente de nombre. Recordemos que en la separación no hay más opción que entre la adquisición por la sociedad a cambio del correspondiente precio,

con sujeción entonces al régimen de las acciones/participaciones propias, o mediante el reembolso y amortización de las acciones/participaciones con la consiguiente reducción del capital social. Por eso ha de constar debidamente el pago o la consignación a favor del socio separado para practicar la inscripción.

En cambio, ahora la comunicación se hace por correo electrónico dentro de los 20 días del acuerdo (curiosamente, no de su publicación, a pesar de que los titulares de acciones/participaciones sin voto han podido no estar presentes), pero el pago se hace en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de efectos, es decir, desde su inscripción, que en ningún caso se verá obstaculizada ni retardada por esta causa. Por tanto, paga la sucesora, o el socio/tercero que las adquiera. El proceso de enajenación discurre en paralelo, sin interferencias, con el procedimiento de ME. Una vez ejercitado, la formalización de la venta podrá seguir el modelo del derecho de separación, en el sentido de un otorgamiento unilateral de la escritura pública de adquisición sin intervención del socio enajenante, una vez efectuado el pago del precio o consignado su importe, expresando en la escritura las acciones/participaciones/cuotas adquiridas, la identidad del socio afectado, la causa de la venta y la fecha de pago o consignación.

La duda es si podrá hacerse exclusivamente por el socio/tercero adquirente, o también será necesaria la intervención de la sociedad. Me inclino por esto último, como garantía añadida.

Por otro lado, al tratarse de un supuesto de enajenación, aunque pueda serlo a la sociedad, desaparece cualquier vestigio de su ejercicio en la escritura de ME. En ese sentido, vale la pena confrontar el anterior art. 18 LME, al exigir en la escritura de transformación la “relación de socios que hubieran hecho uso del derecho de separación y el capital que representen”, con el actual art. 30.2 RDL, donde sólo se contempla la relación de socios que hubieran quedado “automáticamente separados” (por no

adherirse a una transformación en la que los socios pasen a responder de las deudas sociales), pero no la de socios que simplemente hubieran enajenado.

Si el socio discrepa de la compensación ofrecida, puede acudir al Juez Mercantil —JM— o al Tribunal Arbitral —TA— previsto en los estatutos reclamando un complemento. Por otro lado, cuando haya canje de acciones/participaciones (fusión/escisión), el socio que discrepe del tipo de canje establecido también puede acudir al JM/TA reclamando un pago en efectivo complementario, sin que esta reclamación paralice la inscripción.

No obstante, la sociedad resultante podrá compensar con acciones/participaciones propias en lugar del pago en efectivo, normalmente cuando las tenga en autocartera. En otro caso, procederá un aumento del capital en la medida estrictamente necesaria para ese complemento del canje. Entiendo, por analogía con la absorción de sociedad participada al 90 %, que se podría autorizar en el proyecto al OA para hacerlo, aunque se trate de una SRL, la cual no conoce la figura del capital autorizado.

9. Protección de los acreedores

En cuanto a los acreedores, aquí se puede hablar de un auténtico cambio de paradigma al haber reemplazado el anterior derecho de oposición de los acreedores que reunieran una serie de condiciones objetivas y temporales, por el derecho a obtener una garantía adecuada, cuando esté justificado. Tienen este derecho los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto (o del acuerdo, cuando aquél no se publique), y aun no hayan vencido en ese momento. Pero se ha eliminado así por innecesario el inciso que excluía a los acreedores, “cuyos créditos ya estén suficientemente garantizados”, ya que la valoración en cada caso de la adecuación de la garantía, lógicamente tendrá en cuenta la preexistente, y es de suponer que la sociedad ya no les ofrecerá una adicional en el proyecto.

En principio, será aquella garantía que ofrezca la sociedad en el proyecto,

si quiere, pues puede considerarla innecesaria, y cuya idoneidad el experto puede valorar, también, si se pide por la misma sociedad, ya que puede no hacerlo.

Si el acreedor no está de acuerdo con la ofrecida, tiene distintas opciones, según hubiera existido o no un pronunciamiento del experto sobre el particular, y según hubiera sido su opinión. En ausencia de informe previo el RM debe designar uno. Al final, si no hay avenencia posible, decide el JM, con el riesgo para el acreedor de tener que asumir el coste del informe. Pero en ningún caso el ejercicio de este derecho paraliza la operación ni impide su inscripción en el RM. El plazo es de un mes desde la publicación del proyecto, tres meses en las transfronterizas. Aunque la Exposición de Motivos del RDL destaca que, antes de acudir a la vía judicial, se intenta llegar a un acuerdo “con la intermediación” del RM, en realidad el papel del RM se limita al traslado de la comunicación y el nombramiento del experto.

Queda sin contemplar el supuesto más extremo en que la sociedad, directamente, haya considerado que no es necesario ofrecer garantía alguna. Aparentemente, no habiendo propuesta que un experto nombrado por el RM pueda valorar, primero se debe dar traslado a la sociedad de la petición del acreedor para que se pronuncie. Si la sociedad insiste en su negativa, habría que acudir al JM, pues nada tendría que valorar el experto, así que carece de sentido su nombramiento por el RM. El juez ya dispondrá entonces la pericial que considere oportuna. No obstante, si la sociedad ofrece una garantía, entonces el RM tendría que designar un experto. El problema es que, en este caso, se ha tenido que acudir al experto, no porque la sociedad dejara de instar en su día el informe, sino porque no quiso ofrecer garantía alguna, así que un eventual informe considerando adecuada aquella, entiendo que debe ir a cargo de la sociedad.

Ahora bien, como exigencia inédita el acreedor debe demostrar que la satisfacción de su derecho está en

riesgo y que la garantía ofrecida no es adecuada. Claramente, la carga de la prueba siempre está de su parte, pero la ley presume, salvo prueba en contrario, que la garantía es adecuada cuando así lo constate el experto o la sociedad haya emitido una declaración específica sobre su situación financiera, que se adjunta al proyecto para su publicación. En particular, debe declarar que no conoce ningún motivo por el que la sociedad, después de que la ME surta efecto, no pueda responder de sus obligaciones al vencimiento de éstas, entiéndase, que no pueda responder la sociedad receptora, aunque lo declare la sociedad transmitente. Cuando no sea así, y para que se derive alguna consecuencia negativa para la sociedad, parece que la carga probatoria para el acreedor entonces tendría que ser más liviana, pero la sigue soportando. En ese sentido puede ser de interés para la sociedad dificultar la posición procesal del acreedor con esa declaración.

De todos modos, ningún reflejo tiene este mecanismo protector en la escritura, fuera de lo que son sus hitos publicitarios, como exigencias estrictas del procedimiento, es decir, la publicidad del proyecto, respecto de cuyo contenido el RM apenas ha de comprobar que se haga la oportuna mención, aunque sólo sea para declarar que no se ofrecen garantías, por no considerarlo necesario, y la del acuerdo, por el derecho de información de los acreedores. Nada se tiene que decir en la escritura sobre el hecho de que algunos acreedores hayan notificado a la sociedad su disconformidad, ni el estado del procedimiento.

10. Escritura e inscripción

Se mantiene la exigencia de escritura pública, en el caso de la fusión como elevación a público del acuerdo, pero en una escritura común para todas las participantes, aunque de forma separada dentro de la escritura para las circunstancias de cada una de ellas. La duda puede surgir en el caso de las operaciones transfronterizas, cuando España sea el EM de origen, por si basta con una escritura que eleve a público el acuerdo de la española, o es necesario una escritura de fusión en la que



intervengan también las extranjeras, elevando los suyos. Entiendo que esto segundo, al ser un trámite que le viene impuesto a la extranjera por razón del procedimiento de fusión en la parte que necesariamente está compartida, y por eso sometida a la norma más severa. No es porque dentro de su ámbito nacional surja un nuevo requisito de forma, sino para permitir que la sociedad española cumpla en el suyo con un requisito propio, para el cual necesita la colaboración de las demás. Cuando España sea el EM de destino, hasta se podría plantear si es necesario elevar a público el acuerdo de la extranjera, y si no bastaría entonces con el certificado previo, pero entiendo que será necesario el otorgamiento de la escritura de fusión, aunque todas las sociedades intervinientes sean extranjeras, por ser española únicamente la de nueva creación. No necesitarán esa escritura para obtener en su EM el certificado previo, pero sí para inscribir la nueva sociedad en el RM español, ya que éste debe controlar la legalidad de la operación en lo relativo a la realización de la FT y a la constitución de la nueva sociedad o de las modificaciones de la sociedad española absorbente, según el Derecho de nuestro país.

Sobre los documentos que deben incorporarse, o simplemente acompañar a la escritura, vale lo dispuesto en el RRM, con los cambios que ya provocó la LME y ahora se mantienen en el RDL (p. ej., se incorporan los balances de todas las sociedades participantes en la fusión, no sólo las

que se extinguen), y alguna novedad, como la incorporación del informe de experto en caso de acuerdo unánime.

En las operaciones transfronterizas, en cambio, son muchos más los documentos que deben unirse a la escritura.

En cuanto a un posible otorgamiento por videoconferencia, en la transformación no hay aportación alguna, ya sea dineraria o no dineraria, a pesar de alguna inexactitud expresiva del RDL (como la del art. 22 ya indicada), por ello no veo inconveniente. Más problemática la fusión/escisión, pues como acto societario presenta singularidades que no permiten hablar de una aportación no dineraria de los socios al capital social, aunque se constituya una nueva sociedad de capital o la sociedad absorbente deba aumentar su capital social, así que cabe plantearlo.

Por otro lado, se reafirma la naturaleza constitutiva de la inscripción y se añade, para todas las MMEE, a pesar de que sólo venía exigido para las transfronterizas armonizadas, su naturaleza convalidante, al disponer que no se podrá declarar la nulidad de una ME una vez inscrita. Adviértase que no dice que no se pueda impugnar después de inscrita, sino que no podrá declararse su nulidad, aunque una impugnación hábil para provocar aquella nulidad se hubiera interpuesto antes (p. ej., contra el acuerdo de la JG), lo cual puede suponer un cambio sobrevenido de la pretensión ejercitada, que pasaría a ser de mero resarcimiento de daños,

y todo ello porque el RM ha decidido inscribir, aunque en el procedimiento judicial la contienda sea sobre unas circunstancias de hecho de las que el RM no tiene noticia, pues a efectos de inscripción quedaron cubiertas por una mera declaración del OA, no susceptible de contradicción, y no olvidemos que las calificaciones positivas ni se motivan, ni obviamente son susceptibles de recurso.

La medida cautelar de suspensión, y que ésta llegue a tiempo al RM, se convierte así en una cuestión vital, máxime si tenemos en cuenta que con la nueva regulación el procedimiento se acelera de forma trepidante, ya que no hay espera posterior a la publicación/comunicación del acuerdo. Puede ser cuestión de días la firma de la escritura y su presentación en el RM, lo que hará muy difícil obtener la medida cautelar. Queda la vía trampa de forzar una calificación conjunta mediante hacer llegar al RM títulos contradictorios que provoquen su alarma y le lleven a no inscribir.

Bibliografía

AAVV, *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, coord. por ROJO/CORTÉS/CAMPUZANO/PÉREZ TROYA, Aranzadi, 2024.

AAVV, *La nueva ley de modificaciones estructurales*, dir. por PULGAR, La Ley, 2024.

CABANAS, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Afferre, 2025. ■